



ФЕДЕРАЛЬНАЯ
АНТИМОНОПОЛЬНАЯ
СЛУЖБА
(ФАС России)

ЗАМЕСТИТЕЛЬ
РУКОВОДИТЕЛЯ

Садовая Кудринская, 11
Москва, Д-242, ГСП-3, 125993
тел. (499) 755-23-23, факс (499) 755-23-24
delo@fas.gov.ru <http://www.fas.gov.ru>

26.02.2018 № ВК/12509/18

На № _____ от _____

О направлении разъяснений

Пункт 3 раздела V Совета территориальных
органов ФАС России от 19.09.2017 № 2

По результатам обобщения практики территориальных органов ФАС России по квалификации действий органов власти и местного самоуправления по непроведению конкурса на право заключения концессионного соглашения в отношении объектов тепло-, водоснабжения и водоотведения в качестве ограничивающих конкуренцию, во исполнение пункта 3 раздела V протокола заседания Совета территориальных органов ФАС России от 19.09.2017 № 2 (далее - протокол) направляем настоящие разъяснения.

Во исполнение пункта 2 раздела V протокола территориальные органы представили практику по квалификации действий органов власти и местного самоуправления по непроведению конкурса на право заключения концессионного соглашения в отношении объектов тепло-, водоснабжения и водоотведения за 2017 год.

Анализ указанной практики показал, что основными нарушениями антимонопольного законодательства в случае непроведения органами государственной власти или органами местного самоуправления конкурса на право заключения концессионного соглашения в отношении объектов тепло-, водоснабжения и водоотведения, являются:

- передача объектов тепло-, водоснабжения и водоотведения на праве хозяйственного ведения, оперативного управления;
- передача объектов тепло-, водоснабжения и водоотведения без проведения конкурентных процедур по договорам, не предусмотренным отраслевым законодательством для данного вида имущества (договор безвозмездного пользования, договор хранения (ссуды), договор управления, соглашение о проведении работ по подготовке объектов коммунального



Руководителям территориальных
органов ФАС России

allto@fas.gov.ru

назначения к отопительному сезону, их эксплуатации и обслуживанию);

- передача объектов тепло-, водоснабжения и водоотведения по договору аренды вместо концессионного соглашения, в том числе путем пролонгации договора аренды не в установленном порядке;

- нарушение порядка заключения концессионного соглашения в инициативном порядке;

- заключение концессионного соглашения без проведения торгов в случае, не предусмотренном законодательством Российской Федерации о концессионных соглашениях;

- эксплуатация объектов тепло-, водоснабжения и водоотведения хозяйствующим субъектом в отсутствие документов, подтверждающих законность права владения и (или) пользования указанным имуществом.

Обращаем внимание, что в случае передачи объектов теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения, находящихся в государственной или муниципальной собственности, на праве хозяйственного ведения, территориальным органам ФАС России необходимо руководствоваться правовой позицией, изложенной в письме ФАС России от 04.10.2017 № ИА/68439/17.

1. Передача прав на объекты тепло-, водоснабжения и водоотведения по договорам аренды вместо концессионных соглашений.

В соответствии с частями 1 и 3 статьи 17.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) заключение любых договоров в отношении государственного или муниципального имущества может быть осуществлено только по результатам проведения конкурсов или аукционов на право заключения этих договоров, за исключением случаев, установленных данной статьей.

В силу части 2 статьи 17.1 Закона о защите конкуренции указанный в части 1 данной статьи порядок заключения договоров не распространяется на имущество, распоряжение которым осуществляется в соответствии с Земельным кодексом Российской Федерации, Водным кодексом Российской Федерации, Лесным кодексом Российской Федерации, законодательством Российской Федерации о недрах, законодательством Российской Федерации о концессионных соглашениях, законодательством Российской Федерации о государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве.

С момента официального опубликования (08.05.2013) Федерального закона от 07.05.2013 № 103-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О концессионных соглашениях» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — Закон № 103-ФЗ) передача прав владения и (или) пользования объектами теплоснабжения, централизованными системами горячего водоснабжения, холодного водоснабжения и (или) водоотведения, отдельными объектами таких систем, находящимися в государственной или муниципальной собственности, осуществляется с учетом требований,

установленных Федеральном законом от 07.12.2011 № 416-ФЗ «О водоснабжении и водоотведении» (далее — Закон о водоснабжении и водоотведении) и Федеральным законом от 27.07.2010 № 190-ФЗ «О теплоснабжении» (далее — Закон о теплоснабжении).

В соответствии с частью 1 статьи 41.1 Закона о водоснабжении и водоотведении передача прав владения и (или) пользования системами и (или) объектами водоснабжения и (или) водоотведения осуществляется по договорам аренды таких систем и (или) объектов, которые заключаются в соответствии с требованиями гражданского законодательства, антимонопольного законодательства Российской Федерации и принятых в соответствии с ними иных нормативных правовых актов Российской Федерации с учетом установленных Законом о водоснабжении и водоотведении особенностей, или по концессионным соглашениям, заключенным в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации о концессионных соглашениях, за исключением случая, предусмотренного частью 1 статьи 9 Закона о водоснабжении и водоотведении.

Согласно части 3 статьи 41.1 Закона о водоснабжении и водоотведении в случае, если срок, определяемый как разница между датой ввода в эксплуатацию хотя бы одного объекта из числа объектов централизованных систем горячего водоснабжения, холодного водоснабжения и (или) водоотведения или одной системы из числа таких систем, одного отдельного объекта таких систем, находящегося в государственной или муниципальной собственности, и датой опубликования извещения о проведении конкурса, превышает пять лет либо дата ввода в эксплуатацию хотя бы одного такого объекта или одной такой системы, одного отдельного объекта таких систем не может быть определена, передача прав владения и (или) пользования такими объектами или системами осуществляется только по концессионным соглашениям (за исключением предоставления в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации указанных прав на это имущество лицу, обладающему правами владения и (или) пользования сетью инженерно-технического обеспечения, в случаях, если это имущество является частью соответствующей сети инженерно-технического обеспечения и данные часть сети и сеть являются технологически связанными в соответствии с законодательством о градостроительной деятельности).

При этом, частью 33 статьи 41.1 Закона о водоснабжении и водоотведении предусмотрено, что договор аренды систем и (или) объектов, указанных в части 1 данной статьи, заключенный с нарушением требований, установленных частью 3 данной статьи, является ничтожным.

Аналогичные требования в отношении объектов теплоснабжения, находящихся в государственной или муниципальной собственности, содержатся в частях 1, 3, 33 статьи 28.1 Закона о теплоснабжении.

В силу изложенного специальными нормами законодательства Российской

Федерации, регулируемыми правоотношения в сфере теплоснабжения, водоснабжения, водоотведения, в сфере концессионных отношений и подлежащими исполнению органами власти и органами местного самоуправления, установлен специальный порядок передачи прав владения и пользования объектами теплоснабжения, водоснабжения, водоотведения, в соответствии с которым передача таких объектов возможна исключительно по концессионным соглашениям.

Таким образом, выбор способа передачи прав владения и (или) пользования объектами жилищно-коммунального назначения (аренда или концессионное соглашение) законодатель связывает с датой ввода указанных объектов в эксплуатацию. Данные требования исключают произвольный выбор органом власти и органом местного самоуправления формы конкурса и формы договора в отношении рассматриваемых объектов.

Согласно части 1 статьи 13 Федерального закона о концессионных соглашениях от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (далее — Закон о концессионных соглашениях) концессионное соглашение заключается путем проведения конкурса на право заключения концессионного соглашения, за исключением случаев, предусмотренных статьей 37 Закона о концессионных соглашениях, а в отношении объектов теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения также случаев, предусмотренных статьями 51, 52, 52.1 Закона о концессионных соглашениях.

Закон о концессионных соглашениях предусматривает определенный перечень требований к содержанию и условиям концессионного соглашения. Круг отношений, регулируемых договором аренды и концессионным соглашением, различен. Предметом договора аренды является предоставлением объекта аренды в пользование за плату. Предмет концессионного соглашения предполагает осуществление деятельности с использованием (эксплуатацией) объекта концессионного соглашения и реконструкцию (создание) такого объекта в период его использования.

Кроме того, статьей 47 Закона о концессионных соглашениях установлен особый перечень критериев конкурса на право заключения концессионного соглашения, объектом которого являются объекты теплоснабжения, централизованные системы горячего водоснабжения, холодного водоснабжения и (или) водоотведения, отдельные объекты таких систем.

Торги на право заключения договора аренды и договор аренды, заключенный по результатам их проведения, влекут нарушение публичных интересов, прав и законных интересов неопределенного круга хозяйствующих субъектов, которые были лишены возможности участвовать в конкурсе на право заключения концессионного соглашения в отношении государственного или муниципального имущества. Порядок проведения конкурса на право заключения концессионного соглашения и существенные условия данного соглашения детально урегулированы Законом о концессионных соглашениях.

В соответствии с частью 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции органам местного самоуправления запрещается принимать акты и (или) осуществлять действия (бездействие), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции.

Таким образом, действия органов местного самоуправления, выразившиеся в передаче прав владения и (или) пользования объектами теплоснабжения, системами и (или) объектами водоснабжения и (или) водоотведения, дата ввода в эксплуатацию которых более 5 лет либо дата ввода в эксплуатацию хотя бы одного такого объекта или одной такой системы, одного отдельного объекта таких систем не может быть определена, без проведения конкурса на право заключения концессионного соглашения могут содержать признаки нарушения части 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции.

Кроме того, следует учитывать, что действия органов местного самоуправления по передаче на конкурсной основе в аренду объектов теплоснабжения, водоснабжения, водоотведения в отношении которых права владения и (или) пользования должны передаваться только на основании концессионного соглашения, вне зависимости от того, участвовали ли в таком конкурсе один или несколько участников, могут быть квалифицированы как нарушение части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции, устанавливающего запрет на нарушение порядка определения победителя или победителей торгов, запроса котировок, запроса предложений.

При этом запрет, установленный частью 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции, является безусловным запретом («per se»), который не требует доказывания фактических или возможных негативных последствий для конкуренции в связи с его нарушением.

По общему правилу, передача прав владения и (или) пользования объектами теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения, находящимися в государственной или муниципальной собственности, должна осуществляться в условиях равного доступа к указанному имуществу всех заинтересованных лиц. Предоставление указанных прав обуславливает получение такими лицами возможности доступа на рынок теплоснабжения, водоснабжения, водоотведения на соответствующей территории.

Нарушение порядка оценки и неверный выбор формы договора и соответственно процедуры определения лица, которому будут переданы права на муниципальное имущество, очевидно, влияет на итоговый результат.

Действия органа власти или органа местного самоуправления по заключению договора аренды в отношении объектов теплоснабжения, водоснабжения, водоотведения на торгах вместо заключения концессионного соглашения влияют на развитие добросовестной конкуренции, создают преимущества лицам, которым права переданы без проведения конкурса на право заключения концессионного соглашения, ущемляют права и законные интересы неопределенного круга хозяйствующих субъектов - потенциальных

участников конкурса на право заключения концессионного соглашения, а также ограничивают доступ на рынок тепло-, водоснабжения, водоотведения с использованием указанных объектов. Указанные действия могут быть квалифицированы антимонопольным органом по части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции.

Обращаем внимание на решения судов, содержащих правовые позиции о нарушении конкуренции в связи с неверным определением формы торгов, а также ничтожности договоров аренды, заключенных по результатам конкурса, в отношении имущества, права на которое может быть передано только по результатам проведения конкурса на право заключения концессионного соглашения: решения судов по делам № № А48-8436/2016, А04-2372/2017, А22-744/2017, А16-16668/2016, А03-17214/2016.

2. Передача прав на объекты тепло-, водоснабжения и водоотведения без проведения конкурсных процедур.

В соответствии с частью 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции федеральным органам исполнительной власти, органам государственной власти субъектов Российской Федерации, органам местного самоуправления, иным осуществляющим функции указанных органов органам или организациям, организациям, участвующим в предоставлении государственных или муниципальных услуг, а также государственным внебюджетным фондам, Центральному банку Российской Федерации запрещается принимать акты и (или) осуществлять действия (бездействие), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, за исключением предусмотренных федеральными законами случаев принятия актов и (или) осуществления таких действий (бездействия).

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в постановлении от 05.04.2011 № 14686/10 достаточным основанием для вывода о нарушении части 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции является создание условий, возможности для наступления последствий в виде недопущения, ограничения либо устранения конкуренции. В тех случаях, когда требуется проведение конкурса, подразумевающее состязательность хозяйствующих субъектов, его непроведение, за исключением случаев, допускаемых законом, не может не влиять на конкуренцию, поскольку лишь при публичном объявлении конкурса в установленном порядке могут быть выявлены потенциальные желающие получить товары, работы, услуги, доступ к соответствующему товарному рынку либо право ведения деятельности на нем.

Передача государственного или муниципального имущества без проведения конкурса конкретному хозяйствующему субъекту в аренду, безвозмездное пользование, концессию или иному договору в случаях, когда законодательством предписано обязательное проведение конкурса на право заключения концессионного соглашения, может содержать в себе признаки нарушения статьи 15 Закона о защите конкуренции ввиду того, что такая

передача создает для конкретного субъекта преимущественные условия в получении указанного имущества во временное владение и (или) пользование и препятствует доступу к государственному или муниципальному ресурсу неопределенного круга лиц, которые также могут иметь намерение приобрести указанные права в отношении государственного или муниципального имущества, и, таким образом, может привести к ограничению, недопущению, устранению конкуренции.

3. Порядок выдачи предупреждения о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства.

В соответствии с частью 2 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции в случае выявления признаков нарушения статьи 15 Закона о защите конкуренции лицам, указанным в части 1 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции, выдается предупреждение о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства (далее — предупреждение)

При этом **целью** выдачи предупреждения является **пресечение действий (бездействия)**, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции и (или) ущемлению интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо ущемлению интересов неопределенного круга потребителей.

Таким образом, в случае выявления признаков нарушения статьи 15 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган в установленном порядке выдает предупреждение о прекращении действий (бездействия), об отмене или изменении актов, которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства, **либо** об устранении причин и условий, способствовавших возникновению такого нарушения, **и** о принятии мер по устранению последствий такого нарушения **в целях пресечения действий (бездействия)**, которые приводят или могут привести к негативным последствиям, указанным в части 1 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции.

Порядок выдачи предупреждения о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства, утвержден приказом ФАС России от 22.01.2016 № 57/16.

В соответствии с частью 4 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции предупреждение должно содержать:

- 1) выводы о наличии оснований для его выдачи;
- 2) нормы антимонопольного законодательства, которые нарушены действиями (бездействием) лица, которому выдается предупреждение;
- 3) перечень действий, направленных на прекращение нарушения антимонопольного законодательства, устранение причин и условий, способствовавших возникновению такого нарушения, устранение последствий такого нарушения, а также разумный срок их выполнения.

В ряде представленных территориальными органами ФАС России предупреждений в качестве действий, направленных на прекращение нарушения антимонопольного законодательства, устранение причин и условий, способствовавших возникновению такого нарушения, устранение последствий такого нарушения, указывались такие действия, как:

- обеспечить конкуренцию путем определения лица, в пользование которого может быть передано спорное имущество с соблюдением требований действующего законодательства;

- разработать конкурсную документацию и объявить открытый конкурс на право заключения концессионного соглашения в отношении спорного имущества;

- провести конкурентные процедуры по заключению концессионного соглашения в отношении спорного имущества;

- принять меры по предоставлению спорного имущества, на условиях концессионного соглашения, заключенного в соответствии с требованиями Закона о концессионных соглашениях, в том числе путем проведения технического обследования имущества, согласования с органом исполнительной власти, осуществляющим регулирование цен (тарифов) в соответствии с законодательством Российской Федерации в сфере регулирования цен (тарифов) сведений, предусмотренных Законом о концессионных соглашениях, принять меры, направленные на регистрацию и признание права собственности в отношении спорного имущества (в случае ее отсутствия); включения спорного имущества в перечень незарегистрированного недвижимого имущества (в случаях предусмотренных законодательством);

- обеспечить соблюдение требований антимонопольного законодательства при предоставлении во владение и (или) пользование хозяйствующим субъектам муниципального имущества путем заключения концессионного соглашения в порядке, предусмотренном Законом о концессионных соглашениях;

- передать спорное имущество с учетом требований действующего законодательства.

В силу статьи 209 Гражданского кодекса Российской Федерации собственнику принадлежат права владения, пользования и распоряжения своим имуществом. Собственник вправе по своему усмотрению совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, не противоречащие закону и иным правовым актам и не нарушающие права и охраняемые законом интересы других лиц, в том числе отчуждать свое имущество в собственность другим лицам, передавать им, оставаясь собственником, права владения, пользования и распоряжения имуществом, отдавать имущество в залог и обременять его другими способами, распоряжаться им иным образом.

Так, в установленных законодательством случаях объекты теплоснабжения,

водоснабжения, водоотведения могут быть переданы по договору аренды лицу, обладающему правами владения и (или) пользования сетью инженерно-технического обеспечения, в случае, если передаваемое имущество является частью соответствующей сети инженерно-технического обеспечения и данные часть сети и сеть являются технологически связанными в соответствии с законодательством о градостроительной деятельности (часть 3 статьи 28.1 Закона о теплоснабжении, часть 3 статьи 41.1 Закона о водоснабжении и водоотведении); переданы по концессионным соглашениям, заключенным без проведения торгов (статьи 37, 51, 52, 52.1 Закона о концессионных соглашениях); приватизированы (ст. 30.1 Федерального закона от 21.12.2001 № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества»), за исключением случаев, установленных частью 1 статьи 9 Закона о водоснабжении и водоотведении); переданы в соответствии с законодательством Российской Федерации о несостоятельности (банкротстве) (часть 1 статьи 28.1 Закона о теплоснабжении).

Таким образом, в предупреждении не должно содержаться указаний на то, каким способом собственник имущества должен распорядиться имуществом после совершения им действий, направленных на пресечение нарушения антимонопольного законодательства.

В соответствии с пунктом 2 статьи 167 Гражданского кодекса Российской Федерации при недействительности сделки каждая из сторон обязана возвратить другой все полученное по сделке, а в случае невозможности возвратить полученное в натуре (в том числе тогда, когда полученное выражается в пользовании имуществом, выполненной работе или предоставленной услуге) возместить его стоимость, если иные последствия недействительности сделки не предусмотрены законом.

В качестве принятия мер по устранению последствий нарушения антимонопольного законодательства может быть указана необходимость возвратить объекты теплоснабжения, водоснабжения, водоотведения собственнику имущества.

То есть в целях пресечения действий органов местного самоуправления по передаче объектов теплоснабжения, водоснабжения, водоотведения без проведения обязательного конкурса целесообразно выдавать предупреждения о необходимости отмены решения о заключении концессионного соглашения и принятию мер по устранению последствий нарушения - возврату имущества.

Учитывая, что органы местного самоуправления обязаны обеспечивать надежное и бесперебойное теплоснабжение, водоснабжение, водоотведение, в сроке исполнения предупреждения целесообразно учитывать разумный срок для осуществления собственником действий по передаче прав владения и (или) пользования объектами теплоснабжения, водоснабжения, водоотведения в установленном порядке.

Одной из проблем, вынесенных на рассмотрение Совета территориальных

органов ФАС России, являлось отсутствие желающих получить имущественные права на объекты теплоснабжения, водоснабжения и (или) водоотведения по результатам конкурса на право заключения концессионного соглашения, проводимом на стадии исполнения предупреждений или рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства, в том числе в связи с отсутствием заявок на участие в таком конкурсе.

Однако, ФАС России считает, что отсутствие заявок на участие в указанном выше конкурсе может быть связано также с нежеланием потенциальных инвесторов заключить концессионное соглашение на предложенных концедентом условиях, в том числе в связи с некачественной подготовкой конкурсной документации, отсутствием ряда существенных условий концессионного соглашения, нарушениями со стороны организаторов торгов и т. д.

Кроме того, подготовка и проведение конкурса на право заключения концессионного соглашения в отношении объектов теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения является длительным процессом, завершение которого часто выходит за рамки установленного предупреждением срока. В результате собственник имущества вынужден обращаться в территориальный орган ФАС России с мотивированным ходатайством о продлении срока исполнения предупреждения.

Таким образом, срок указанный в предупреждении, должен учитывать минимальные сроки, необходимые для обеспечения надлежащей передачи прав в отношении объектов тепло-, водоснабжения, водоотведения, в том числе оформление необходимых документов, проведение технического обследования, обеспечение соблюдения сроков для опубликования конкурсной документации и т.п.



В.Г. Королев